

1 Faculdade de Direito da Universidade de Basileia, Basileia, Suíça.

2 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0002-5054-4116>

3 Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0003-2847-9810>



Policciamento preditivo: em defesa dos “verdadeiros positivos”

PREDICTIVE POLICING – IN DEFENSE OF ‘TRUE POSITIVES’

Sabine Gless¹

Tradução do texto:

GLESS, SABINE. PREDICTIVE POLICING – IN DEFENSE OF ‘TRUE POSITIVES’. In: BAYAMLIO LU, EMRE; BARALIUC, IRINA; JANSSENS, LIISA; HILDEBRANDT, MIREILLE (ED.). *BEING PROFILED: COGITAS ERGO SUM. 10 YEARS OF PROFILING THE EUROPEAN CITIZEN*, AMSTERDAM UNIVERSITY PRESS, 2018. P. 76-83.

Tradutores: *Heloisa Estellita*² e *Miguel Lima Carneiro*³

Resumo

Com a ascensão de programas de policiamento preditivo, atuações policiais enviesadas e encarceramentos discriminatórios têm se tornado mais comuns. A problemática decorrente do uso de algoritmos enviesados no policiamento denota a necessidade de ferramentas legais eficientes e capazes de manter a justiça no sistema penal. Para tanto, o uso de regras de inadmissibilidade de provas ilícitas para a proteção dos “verdadeiros positivos” apresenta-se como um remédio legal hábil contra as detenções injustas.

Palavras-chave

Policciamento preditivo; *profiling* discriminatório; persecução penal; inadmissão de prova ilícita; verdadeiros positivos.

Abstract

With the rise of predictive policing programs, biased police work and discriminatory arrests have gradually become recurrent. Such troublesome scenario derives from the use of biased algorithms in law enforcement and reflects the need of an efficient legal tool capable of sustaining the pillars of fairness in the criminal justice system. Under such purpose, the adoption of exclusionary rules for the protection of the “true positives” can be seen as an adequate legal remedy against illegal detentions.

Keywords

Predictive policing; biased profiling; law enforcement; exclusionary rule; true positives.

INTRODUÇÃO¹

Imagine-se que as agências de persecução penal, usando um “programa de *profiling*”,² parem e revistem apenas pessoas de determinada etnia dentro de uma área específica. Os resultados são impressionantes: sete traficantes e dois assaltantes que estavam em fuga são capturados. Uma vez em juízo, todos os réus alegam que seus encarceramentos foram ilegais, em razão de um programa de *profiling* obviamente discriminatório. Seus advogados argumentam que as provas obtidas em decorrência da prisão ilegal devem ser excluídas dos autos e que somente com a exclusão dos “frutos da árvore envenenada” é que as autoridades poderão ser motivadas a monitorar de perto os programas de policiamento e assim prevenir, da melhor maneira possível, atos discriminatórios. Do outro lado da sala, vítimas e membros do público querem justiça. Estes consideram que o uso de algoritmos para submeter os infratores aos rigores da lei foi um sucesso.

ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL E *PROFILING*

O policiamento preditivo desencadeou um debate acalorado sobre a questão dos falsos positivos. Máquinas tendenciosas treinadas podem erroneamente classificar indivíduos como de alto risco pelo simples fato de pertencerem a determinado grupo étnico, e muitos concordam que essas pessoas não deveriam carregar o fardo do policiamento exacerbado em virtude de um problema inerentemente aleatório (VEALE, VAN KLEEK e BINNS, 2018). Verdadeiros positivos, ou seja, indivíduos que foram corretamente identificados como infratores, não vão para as manchetes de jornais. Se drogas ou outras provas incriminadoras são encontradas durante uma revista, o fato de esses elementos terem sido descobertos usando um sistema de *profiling* discriminatório é justificado, uma vez que a suspeição acabou se mostrando bem fundada. Se um policial os tivesse identificado, seus colegas provavelmente o aclamariam por causa de sua “boa intuição”. Estudiosos têm demonstrado que a seleção por estereótipos é um modo de generalização que todos os seres humanos usam rotineiramente (SCHAUER, 2003). Entretanto, como Hidelbrandt (2008, p. 30) explica em *Profiling the European Citizen*, com o *profiling* automatizado torna-se urgente a necessidade de efetivamente restringir tais práticas, a fim de prevenir uma infraestrutura tecnológica que acabe por praticamente aniquilar um sistema criminal justo.

A provocação feita neste texto é no sentido de que são os “verdadeiros positivos” que proporcionam a melhor oportunidade para tratar da questão do *profiling* discriminatório. A

...

¹ N.E.: O resumo e as palavras-chave, bem como suas respectivas versões em português, não constam do artigo original. Eles foram elaborados pelos tradutores do artigo especialmente para esta publicação.

² N.T.: Trata-se de *softwares* que definem perfis de potenciais criminosos a partir de um conjunto de dados.

primeira razão para isso é puramente pragmática: eles já são objeto de investigações criminais, e, nessa condição, têm um forte incentivo para contestar os métodos de persecução penal e para esquadriñar os métodos de policiamento a partir de um ponto de vista individual. A segunda razão já é mais genérica (e comumente aceita): as detenções e revistas policiais discriminatórias são intrinsecamente injustas, ameaçam a paz social e frustram grupos específicos (DEANGELIS, 2014, p. 43). O uso de algoritmos enviesados no policiamento não apenas onera aqueles tidos como “falsos positivos”, como, ainda, contamina os “verdadeiros positivos”. Para criar uma ferramenta legal eficiente contra a ação policial discriminatória, deveria ser oferecida à defesa a possibilidade de contestar uma condenação decorrente de um policiamento tendencioso, com uma regra específica de não admissibilidade da prova (*exclusionary rule*), protegendo os “verdadeiros positivos” contra o uso de provas maculadas.

A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS “VERDADEIROS POSITIVOS”

A situação jurídica de indivíduos processados em decorrência de uma prisão impulsionada por um sistema de *profiling* discriminatório não está clara. Mesmo um encarceramento totalmente ilegal pode vir a não surtir efeitos sobre a regularidade do processo penal, isso apesar de o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) ter estendido certos direitos de defesa à fase investigativa (*Allenet de Ribemont v. France* 1995, 11-13, pars. 32-37) e, em certas situações, de a defesa poder invocar regras de inadmissão da prova ilícita. O problema é que a exclusão de provas é uma questão bastante controversa (ESTREICHER e WEICK, 2010, p. 950-951), sendo atualmente incerto se um policiamento preditivo discriminatório poderia, de fato, dar causa à exclusão. Em geral, quando são encontradas provas incriminadoras, cabe às autoridades policiais esclarecer os fatos e aplicar a lei. Afinal, há interesse público não apenas em processar infratores, como também em apoiar as vítimas.

Em contrapartida, os réus têm legitimidade para alegar que a detenção foi discriminatória e injusta (*Gillan and Quinton v. the United Kingdom* 2010, 42-45, pars. 76-87) e também há interesse público na exclusão de atuações policiais enviesadas e encarceramentos discriminatórios. Como resolver esse conflito entre o interesse do público de obter justiça enquanto se preservam, simultaneamente, os direitos dos réus é algo que depende da configuração de cada sistema jurídico. Ainda assim, todos os sistemas se deparam, em maior ou menor grau, com a questão do policiamento discriminatório ou tendencioso, e todos, em certa medida, operam com base na premissa (ainda que controversa) de que a ameaça da exclusão das provas ilícitas irá impedir certas práticas por parte das autoridades (KAFKA, 2001, p. 1922-1925). Desse modo, adotar uma regra de inadmissibilidade das provas parece a solução óbvia.

Criar um remédio legal específico para os “verdadeiros positivos” é a forma mais promissora de evitar um policiamento preditivo discriminatório. Os “verdadeiros positivos” já estão sendo processados e podem oferecer objeções adequadas, enquanto os “falsos positivos” teriam de iniciar algum tipo de procedimento em juízo, não havendo incentivos suficientes

para isso. Do mesmo modo, órgãos judiciais e administrativos dotados do poder para monitorar o *profiling* discriminatório também não terão motivos para centrar sua atenção sobre as práticas persecutórias discriminatórias na falta de um remédio legal poderoso para os “verdadeiros positivos”.

EXCLUSÃO DE PROVAS: UM PREÇO ALTO DE MAIS PARA PAGAR?

A exclusão de provas obtidas a partir do uso de técnicas de policiamento preditivo discriminatório certamente não será uma solução popular na maior parte dos sistemas jurídicos. Objeções que versem sobre presunção de culpa e subversão dos interesses da justiça e das vítimas serão provavelmente levantadas. Entretanto, examinados de perto, esses argumentos mostram-se menos convincentes do que podem parecer à primeira vista.

Em relação ao primeiro argumento, o art. 6 (2) da CEDH³ garante que qualquer cidadão europeu acusado de uma infração penal será presumido “inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Tribunais e juristas concordam que o sentido da presunção de inocência é amplo. Sobre o que eles não concordam é se essa garantia deve ou não ser estendida às investigações e outros atos preliminares ao processo penal, ponto não explicitamente abordado no texto da Convenção. Entretanto, de acordo com a jurisprudência do TEDH, membros do tribunal podem não iniciar procedimentos penais nos quais se revele a existência de uma noção preestabelecida acerca de o indivíduo ter cometido a infração em questão (*Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain* 1988, 27, par. 77; *Allenet de Ribemont v. France*, 1995, 11-13, pars. 33-36). Quanto a esses casos, os estudiosos argumentam, corretamente, que, se a presunção de inocência não for estendida ao *profiling* criminal, ela perderá seu papel de princípio norteador na atual era de vigilância ubíqua e de *big data*.

Já em relação ao segundo argumento, implícito na objeção a uma regra de inadmissibilidade de provas derivadas de provas ilícitas (*fruit of the poisonous tree*), ele revela uma preocupação de que o sistema de justiça perderá força caso um infrator possa se livrar dele apesar das evidências incriminatórias contra si. Essa dicotomia se faz presente ante toda regra de inadmissibilidade da prova ilícita e remete aos nossos objetivos tradicionais de punição e prevenção. Entretanto, os cidadãos creem que as autoridades perseguirão os crimes adequadamente. Isso pressupõe um comportamento íntegro tanto no procedimento de investigação quanto nos atos processuais subsequentes, de modo que os indivíduos contra os quais as autoridades têm um caso válido não fiquem impunes. O interesse público na honestidade e na transparência das investigações proporciona uma proteção contra a justiça arbitrária e fundamenta a ideia de que as agências de persecução penal devem monitorar seus programas de

...

3 N.T.: Convenção Europeia de Direitos Humanos.

profiling contra preconceitos implícitos. O órgão legislativo europeu reconhece esse interesse por meio de dispositivos sobre a responsabilidade por processos penais nos quais o *profiling* automático traz consigo o risco de discriminações proibidas (cf. art. 11, par. 3, e art. 10, Diretiva [UE] 2016/680).⁴

Outro fundamento para a exclusão de provas contaminadas pode ser encontrado na proteção contra a detenção injustificada. De acordo com o art. 5 (c) da CEDH, a liberdade de nenhum cidadão pode ser restringida salvo em casos específicos, como na hipótese em que houver “suspeita razoável” de que um indivíduo tenha cometido uma infração. O TEDH observou que o requisito de que a suspeição seja razoável é parte essencial da salvaguarda contra a prisão e detenção arbitrárias. Mais especificamente, “a existência de uma ‘suspeita razoável’ pressupõe a existência de fatos ou informações que satisfariam o juízo de um observador objetivo no sentido de que a pessoa em questão pode ter cometido a infração” (*Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom* 1990, 12, par. 32; FERGUSON, 2015, p. 286).

No caso de um agente policial humano, ele ou ela deve identificar elementos suficientes, ou seja, a justa causa, para satisfazer esse observador objetivo quanto à possibilidade de que um sujeito seja culpado. Todavia, um sistema de *profiling* policial baseado em algoritmos não monitora apenas um sujeito em potencial, mas categoriza indivíduos de modo que a máquina passe a supor que certos grupos têm maior probabilidade de praticar crimes do que outros, merecendo, portanto, maior atenção por parte das autoridades policiais. Se esse tipo de *profiling* levar a uma busca e subsequente prisão, nenhum agente de persecução penal individualmente considerado terá de modo efetivo identificado *ex ante* uma justa causa para a prisão. Na verdade, ele ou ela talvez nunca saiba como foi formado o conjunto de dados que resultou na prisão daquele indivíduo. Esse procedimento dificilmente constituiria uma suspeita razoável tal qual a requerida pela CEDH.

A fundamentação de uma regra de inadmissibilidade da prova ilícita também se assenta no princípio da igualdade perante a lei, central para qualquer democracia. Se a atividade policial é baseada em algoritmos que dividem a população em grupos tendo em vista determinadas características, o resultado será uma mudança fundamental em nosso sistema jurídico, que passará a ser caracterizado por um aumento de buscas e detenções ilegais, além das consequentes violações à privacidade e à liberdade de todos os cidadãos. Isso resultará em um mundo Orwelliano, no qual “alguns animais são mais iguais do que outros” e onde o Grande Irmão está sempre vigiando a todos. Dito isso, seria errôneo supor que os agentes de persecução penal fossem “cegos à cor” antes do advento do *profiling* automatizado, mesmo assim,

...

4 Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

até o presente momento, buscas e prisões efetuadas por policiais tendenciosos não prepararam o caminho para regras específicas de inadmissibilidade de provas.

DISPOSIÇÃO PARA PAGAR O PREÇO

Com programas de policiamento preditivo em ascensão, devemos estar dispostos a pagar o preço por uma forte regra de inadmissibilidade de provas ilícitas. Uma regra que exclua provas incriminatórias encontradas na posse de um “verdadeiro positivo” depois de uma prisão discriminatória pode ser fundamentada em duas linhas de raciocínio. A primeira é legal e construída sobre a lógica de que um indivíduo sujeito a um policiamento excessivo pode invocar essa regra de exclusão da prova com base em uma busca e apreensão injustificada. A segunda linha argumentativa é tão simples e direta quanto pragmática: há interesse público na criação de uma solução jurídica eficiente contra o *profiling* discriminatório e contra o uso não monitorado de tais programas (HILDEBRANDT, 2015, p. 184, p. 195). Portanto, são os “verdadeiros positivos” que nos oferecem a melhor oportunidade para que possamos exigir das autoridades que monitorem suas ferramentas de *profiling*, porque são eles que têm um incentivo inerente à sua condição para apontar potenciais enviesamentos e discriminações proibidas no decorrer de um procedimento.

REFERÊNCIAS

ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine Bias. *ProPublica*, May 23, 2016. Disponível em: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acesso em: 05 fev. 2019.

DEANGELIS, Peter. Racial Profiling and the Presumption of Innocence. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, n. 1, p. 43-58, 2014.

ESTREICHER, Samuel; WEICK, Daniel P. Opting for a Legislative Alternative to the Fourth Amendment Exclusionary Rule. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, v. 98, p. 949-966, 2010.

FERGUSON, Andrew Guthrie. Predictive policing and reasonable suspicion. *Emory Law Journal*, n. 62, v. 2, p. 259-326, 2012.

GALETTA, Antonella. The changing nature of the presumption of innocence in today’s surveillance societies: rewrite human rights or regulate the use of surveillance technologies? *European Journal of Law*

and Technology, v. 4, n. 2, 2013. Disponível em: <http://ejlt.org/article/view/221/377>. Acesso em: 05 fev. 2019.

HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: A new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (ed.). *Profiling the European Citizen: Crossdisciplinary perspectives*. Dordrecht: Springer, 2008. p. 17-30.

HILDEBRANDT, Mireille. *Smart technologies and the end(s) of law*. Novel entanglements of law and technology. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

KAFKA, Michael T. The exclusionary rule: An alternative perspective. *William Mitchell Law Review*, v. 27, p. 1895-1939, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

STARR, Sonja B. Sentence reduction as a remedy for prosecutorial misconduct. *Georgetown Law Journal*, v. 97, p. 1509-1566, 2009.

VEALE, Michael; VAN KLEEK, Max; BINNS, Reuben. Fairness and accountability design needs for algorithmic support in high-stakes public sector decision-making (April 21, 2018). *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI'18)*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3175424>. Acesso em: 05 fev. 2019.

COMO CITAR ESTA TRADUÇÃO:

GLESS, Sabine. Policiamento preditivo: em defesa dos “verdadeiros-positivos”. Tradução de Heloisa Estellita e Miguel Lima Carneiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020.

Sabine Gless

PROFESSORA DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE BASEL (SUÍÇA), ONDE COORDENA O PROGRAMA DE PESQUISA NACIONAL SOBRE BIG DATA (*LEGAL CHALLENGES IN BIG DATA, ALLOCATING BENEFITS E AVERTING RISKS*).

sabine.gless@unibas.ch

Heloisa Estellita

AGRACIADA COM A HUMBOLDT RESEARCH FELLOWSHIP PARA REALIZAÇÃO DE PÓS-DOUTORADO NA ALEMANHA, NA LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT DE MUNIQUE E NA UNIVERSIDADE DE AUGSBURG (2015-2017), EM COOPERAÇÃO COM A CAPES.

DOUTORA EM DIREITO PENAL PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). MESTRA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO” (UNESP). GRADUADA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO. PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP) E COORDENADORA DO GRUPO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO NA MESMA INSTITUIÇÃO.

heloisa.estellita@fgv.br

Miguel Lima Carneiro

GRADUANDO DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

miguel.lima.carneiro@gmail.com